

**La *Grand Chambre* pone un freno alla forza espansiva della “vita familiare”:
uno stop all’attivismo giudiziario in tema di maternità surrogata nel caso
*Paradiso e Campanelli contro Italia****

*di Costanza Masciotta - Dottore di ricerca in Diritto Pubblico-urbanistico e dell’ambiente
presso l’Università degli studi di Firenze.*

ABSTRACT: The essay aims to frame the sensible field of surrogate maternity, with respect to the legal relationships and aspects stemming therefrom. Without prejudice to the domestic case law, the paper goes through comparative analysis and end with the (famous) *Paradiso and Campanelli* judgment before the second section and (finally) the Grand Chamber.

The Grand Chamber judgment looks for underling a boundary between controversial assisted procreation practice cases that could be protected under the “family life” notion ex art. 8 CEDU and the ones that fall outside of the scope of the mentioned article.

SOMMARIO: 1. Premessa: il caso *Paradiso e Campanelli* di nuovo al vaglio del giudice della Convenzione; 2. Uno sguardo alla delicata questione della surrogazione di maternità; 3. L’attivismo della seconda sezione e l’interpretazione ampia di “vita familiare”; 4. La Grande Camera pone un freno: non di sola vita familiare.

1. Premessa: il caso Paradiso e Campanelli di nuovo al vaglio del giudice della Convenzione.

Una delle nuove frontiere del diritto costituzionale consta nella continua evoluzione del concetto di “vita familiare”: ne è una testimonianza tangibile la vicenda dei coniugi *Paradiso e Campanelli* dalla quale è scaturita la prima condanna da Strasburgo allo Stato italiano in tema di maternità surrogata.

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le Linee guida della Rivista.

Per la seconda sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo¹ la decisione delle autorità italiane di allontanare il minore, nato in Russia mediante gestazione per conto altrui, dalla coppia ricorsa a tale tecnica, costituisce violazione del diritto al rispetto della loro vita privata e familiare anche se non sussiste alcun legame genetico tra il bambino ed i committenti e la durata della coabitazione è stata relativamente breve.

Dinanzi a questa condanna convenzionale, il 27 aprile 2015 il Governo italiano ha chiesto il rinvio del caso alla Grande Camera, ai sensi dell'art. 43CEDU², e la risposta del supremo consesso ha ribaltato il *decisum* della sezione.

La sentenza della *Grand Chambre*³ deve essere posta in evidenza per un profilo fondamentale: cerca di mettere un punto, seppur non definitivo, alla dibattuta questione della tutela delle relazioni

¹ Corte europea dei diritti umani, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, ricorso n. 25358/12, sentenza del 27 Gennaio 2015, con note di G. CASABURI, *La corte europea dei diritti dell'uomo e il divieto italiano (e non solo) di maternità surrogata: una occasione mancata*, in *Il Foro italiano*, n. 3/2015; M. DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionaleprivatistica su un difficile "puzzle" da ricomporre*, in *GenIUS*, n. 1/2015; E. BRUGIOTTI, *Maternità surrogata: il rifiuto di registrazione dell'atto di nascita nella giurisprudenza della corte edu e alcune conseguenze applicative nell'ordinamento italiano (e non solo)*, in *Rassegna dell'avvocatura dello stato*, n. 3/2015; L. VIZZONI, *Quando il "best interest" del minore azzera la verità biologica. Riflessioni a partire dal caso "paradiso e campanelli contro italia"*, in *Jus civile*, n. 11/2015; L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale?*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 3/2015; M. WINKLER, *Senza identità: il caso "Paradiso e Campanelli c. Italia"*, in *GenIUS*, n. 1/2015; S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2015.

² Il 1° giugno 2015 il collegio della Grande Camera ha accolto tale richiesta e l'udienza si è svolta il 9 dicembre 2015.

³ Corte europea dei diritti umani [GC], *Paradiso and Campanelli v. Italy*, ricorso n. 25358/12, sentenza del 24 gennaio 2017. Tra i commenti alla sentenza cfr. anche G. CASABURI, *La corte europea cambia opinione: l'allontanamento di un bambino nato da maternità surrogata e in violazione delle disposizioni italiane sull'adozione internazionale non viola l'art. 8 cedu*, in *Il Foro italiano*, n. 3/2017; V. NARDONE, *La pronuncia della Grande Camera sul caso Paradiso e Campanelli c. Italia tra famiglia de facto, margine di apprezzamento e interesse superiore del minore*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, n. 1/2017; F. PERRINI, *La lunga vicenda relativa al caso Paradiso e Campanelli: la Grande Camera assolve l'Italia per avere disposto l'allontanamento del minore nato da un contratto di maternità surrogata*, *ivi*, 129 ss.; M. GERVASI, *Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso "Paradiso et Campanelli"*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2017; L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, n. 1/2017. Sul tema della maternità surrogata cfr. da ultimo A. RUGGERI, C. SALAZAR, *"Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio": riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in *ConsultaOnline*, n. 1/2017 dove gli autori prospettano una interessante attenuazione del generale divieto di *surrogacy* previsto dalla legge n. 40/2004. Cfr. anche B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della corte edu: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017; G. LUCCIOLI, *Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata*, in *ConsultaOnline*, n. 2/2017; O. FERACI, *Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2015, 420 ss; G. M. FLICK, *Diritto ad avere un genitore e/o diritto ad essere un genitore: una riflessione introduttiva*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017; D. ROSANI, *"The best interest of the parents". La maternità surrogata in europa tra interessi del bambino, corti supreme e silenzio dei legislatori*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1/2017; I. ANRÒ, *Surrogacy from the Luxembourg and Strasbourg perspectives: divergence, convergence and the chance for a future dialogue - La maternità surrogata nelle prospettive di Lussemburgo e Strasburgo: divergenze, convergenze e possibilità di un futuro dialogo*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 3/2016; G. CIARLARIELLO, *La maternità surrogata: evoluzione giurisprudenziale italiana ed europea*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, n. 4/2016; R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello "status filii" in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2016;

“familiari” (- o “para-familiari” che dir si voglia) in caso di ricorso alla procedura, vietata in Italia, della maternità surrogata.

La Grande Camera ha precisato la portata applicativa dell’art. 8 CEDU con riguardo alla tutela della “vita familiare di fatto”, ponendo un limite alla creatività ermeneutica della sezione⁴.

Il presente contributo mira ad inquadrare, senza alcuna pretesa di esaustività, la dibattuta tematica della gestazione per conto di terzi, con particolare riguardo alla qualificazione giuridica dei rapporti dalla stessa discendenti. Senza tralasciare i precedenti giurisprudenziali di maggior rilievo intervenuti in ambito nazionale, si cercherà di fornire anche un inquadramento di diritto comparato, indispensabile per l’accertamento del *consensus* convenzionale in materia. Sarà, successivamente, analizzato il *case law* *Paradiso e Campanelli*, con particolare riguardo alla pronuncia della seconda sezione ed al *revirement* della Grande Camera, ultimo capitolo della vicenda: una sentenza che si sforza di tracciare un confine per l’individuazione delle situazioni soggettive suscettibili di tutela dinanzi alle più controverse pratiche di procreazione assistita.

2. Uno sguardo alla delicata questione della surrogazione di maternità.

L’attuale dibattito sul riconoscimento giuridico delle nuove *familiae* testimonia il superamento, in atto ormai da decenni, della nozione di “famiglia legittima” in favore di una molteplicità di rapporti interpersonali, la cui “attitudine alla familiarità” è commisurata ad una serie di indici fattuali, come la comunità di vita materiale e spirituale e la durata della coabitazione.

La presente indagine, come preannunciato, è circoscritta *ratione materiae* a quel particolare legame tra adulto e minore che trae origine da una modalità procreativa complessa, ad oggi vietata in Italia dalla legge n. 40/2004⁵, la surrogazione di maternità.

La scienza medica, attraverso tale pratica, consente una dissociazione tra gestazione materna e genitorialità biologica e può dare vita ad una molteplicità di figure parentali.

La fenomenologia è variegata, potendo essere coinvolte fino a tre figure femminili, ovvero la gestante, la donatrice di ovuli e l’aspirante madre sociale, e fino a tre soggetti maschili, quali il coniuge della gestante, il donatore di gameti e l’aspirante padre sociale⁶.

La “maternità surrogata di tipo tradizionale” è quella pratica che consente a una donna, cd. madre surrogata o gestazionale, di prestare il proprio materiale genetico ed il proprio corpo per condurre una gravidanza e partorire un bambino per un’altra persona o coppia “committente”,

S. BARTOLO, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionali-privatistici*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016; B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016; M. NISTICÒ, *Gestazione per altri: l'improprio paragone con la donazione di organi*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2016; L. BUSATTA, T. CHORTARA, S. PENASA, *The best interests of the child born via cross-border surrogacy. a comparison between greece and italy - Gli interessi migliori per il minore nato attraverso la maternità surrogata transfrontaliera. Una visione comparata delle legislazioni greca e italiana*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1/2016; M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in *BioLaw Journal- Rivista di BioDiritto*, n. 2/2015.

⁴ Sull’attivismo ermeneutico della sezione nel caso *Paradiso e Campanelli* sia consentito il rinvio a C. MASCIOTTA, *L'allontanamento del minore come extrema ratio anche in caso di maternità surrogata: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per violazione della vita familiare*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015.

⁵ Ex art. 12, comma 6, legge n. 40/2004 in G.U. n. 45 del 24 febbraio 2004.

⁶ Cfr. sul tema C. HAUSAMMANN, N. HITZ QUENON, *Maternité de substitution: la perspective des droits humains*, in *Centre suisse de compétence pour les droits humains, Newsletter CSDH du 11 mai 2014*, 2 ss.

assumendo l'impegno a rinunciare alla propria genitorialità in loro favore. Viceversa, nella "maternità surrogata parziale o gestazionale" la gestante non contribuisce con il proprio materiale genetico alla formazione dell'embrione, ma si limita a portarlo in grembo ed a rinunciare alla maternità discendente dal parto secondo il principio *mater semper certa est*.

Per esemplificare, nella vicenda dei coniugi Campanelli che a breve esamineremo, la provenienza del materiale genetico era rimasta incerta, non essendo stati impiegati né i gameti della coppia di committenti né quelli della gestante, pertanto, l'unico dato certo era la nascita del piccolo da una donna che, tuttavia, aveva rinunciato al suo ruolo di madre.

La suprema Corte di Cassazione italiana⁷, pochi mesi prima della seconda sezione della Corte EDU nel caso *Campanelli*, ha avuto modo di pronunciarsi in una fattispecie simile, esprimendo un orientamento risoluto, di chiusura circa il problema del riconoscimento in Italia della filiazione stabilita all'estero illegalmente⁸ a mezzo di gestazione per conto di terzi: in assenza di legami genetici tra il minore e gli aspiranti genitori, la declaratoria dello stato di abbandono e di adottabilità del minore sono perfettamente conformi alla legge italiana. Il giudice di legittimità ricorda che il divieto di ricorrere alla maternità surrogata nel nostro ordinamento costituisce una norma di "ordine pubblico internazionale", posta a tutela del valore fondamentale della dignità della gestante e del superiore interesse del minore: secondo una valutazione operata a monte dalla legge italiana, è in forza di tale preminente interesse che l'ordinamento riconosce giuridicamente una relazione di filiazione slegata dal dato biologico soltanto in caso di regolare esperimento della procedura di adozione, con tutte le garanzie previste *ex lege*.

Anche dal punto di vista del diritto penale le problematiche giuridiche connesse alla maternità surrogata non sono meno complesse: la condotta tenuta dagli aspiranti genitori all'estero (i.e. il ricorso alla pratica della *surrogacy*) non è punibile in Italia in forza del principio fondamentale della territorialità *ex art. 6, comma 1 c.p.*

⁷ Cfr. Corte di cass., sez. I, sentenza del 26 settembre 2014, n. 24001, con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*, in *Foro It.*, 2014, 3408 ss.; C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 3/2015. Sul tema della maternità assistita praticata all'estero nell'ambito di un rapporto di coppia tra due donne, si segnala da ultimo Corte di cass., sez. I, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599. Ivi, la Suprema Corte di Cassazione ha affermato che una procedura di procreazione assistita tra due donne legate da un rapporto di coppia, con donazione dell'ovocita da parte della prima, conduzione a termine della gravidanza ad opera della seconda ed utilizzo di un gamete maschile di un terzo ignoto, non costituisce una fattispecie di maternità surrogata, ma integra un'ipotesi di genitorialità realizzata all'interno della coppia, assimilabile alla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue per essere il feto legato biologicamente ad entrambe le donne. Nell'ambito della *surrogacy* in un rapporto di coppia fra due uomini, si ricorda da ultimo: Corte di appello di Trento, sez. I, sentenza del 23 febbraio 2017, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, n. 2/2017, I, 364 ss. Ivi, la Corte afferma che non contrasta con l'ordine pubblico e può, pertanto, essere riconosciuta l'efficacia in Italia del provvedimento giudiziario straniero che dispone la rettifica dell'atto di nascita di due bambini, nati da una pratica di maternità surrogata e riconosce il loro *status* di figli di due uomini (quello indicato *ab origine* come padre, in quanto genitore genetico e quello di cui il provvedimento di rettifica aveva accertato la genitorialità, come padre sociale). Da un lato, infatti, tale riconoscimento sarebbe conforme all'interesse dei minori alla conservazione di una identità ormai legittimamente acquisita all'estero, dall'altro non sarebbe ostativo né il divieto, nel nostro ordinamento, della maternità surrogata, né la mancanza di legami genetici tra i due bambini ed il secondo genitore, rilevando piuttosto la consapevole assunzione, da parte di quest'ultimo, della responsabilità genitoriale.

⁸ Nel caso di specie il rapporto di filiazione era incompatibile non soltanto con il diritto nazionale ma anche con il diritto ucraino che consente la gestazione per conto di terzi purché il patrimonio genetico del nascituro provenga almeno per metà dalla coppia di committenti.

La repressione penale nel nostro ordinamento si è, quindi, mossa verso due diverse fattispecie incriminatrici: la “falsa dichiarazione sull’identità”, *ex art. 495 c.p.* e l’“alterazione di stato”, *ex art. 567 c.p.*

Diverse le direttrici giurisprudenziali in materia: tra l’orientamento più rigoroso che ravvisa nella condotta dei genitori “committenti” il delitto, punito più gravemente, dell’alterazione di stato⁹ e la posizione intermedia di chi ritiene applicabile il meno grave delitto *ex art. 495 c.p.*¹⁰, si colloca una terza via che esclude l’antigiuridicità del fatto, inquadrandolo nel “falso innocuo”¹¹.

In un caso recente la stessa Corte di Cassazione in sede penale¹² ha confermato la sentenza di assoluzione pronunciata nei confronti di due cittadini italiani, giunti in Ucraina per ricorrere alla surrogazione di maternità ed alla donazione di gameti femminili. Secondo la Suprema Corte non c’era stata violazione del divieto previsto *ex art. 12, legge n. 40/2004*, poiché i due ricorrenti avevano fatto ricorso ad una tecnica di procreazione assistita conforme alla legge del Paese in cui era stata praticata; anche la presentazione in Italia del certificato di nascita straniero non integrava i reati di falsa dichiarazione o alterazione di stato, trattandosi di un certificato perfettamente conforme al diritto dello Stato che lo aveva rilasciato. In tale fattispecie, tuttavia, il nato era riconducibile geneticamente ad uno dei membri della coppia committente ed era, pertanto, stata rispettata la legge ucraina, diversamente da quanto accaduto nel caso deciso dalla Corte di Cassazione in sede civile, nel settembre 2014, e nella successiva vicenda dei coniugi Campanelli.

A livello sovranazionale la regolazione giuridica della surrogazione di maternità sfugge alle attuali competenze delle istituzioni dell’Unione europea le quali, recentemente interessate¹³ anche se di riflesso dalle sue conseguenze in ambito lavoristico, si sono astenute da qualsiasi forma di riconoscimento giuridico.

Nel diritto internazionale, tra gli strumenti di *soft law* adottati in materia, merita ricordare il principio quindicesimo, pubblicato nel 1989 dal Comitato *ad hoc* di esperti sul progresso delle scienze biomediche, costituito in seno al Consiglio d’Europa¹⁴, secondo il quale «nessun medico o

⁹ Cfr. in tal senso Trib. Brescia, sentenza del 26 novembre 2013, consultabile in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁰ Cfr. in tal senso Trib. Milano, sentenza del 13 gennaio 2014, in *Foro It.*, 2014, 371; Trib. Milano, sentenza dell’8 aprile 2014, in *Dir. Fam. Pers.*, 2014, 1474.

¹¹ Cfr. sul punto Trib. Varese, sentenza dell’8 ottobre 2014. Il Tribunale di Varese non solo ha negato la possibilità di configurare il reato di alterazione di stato (*ex art. 567, co. 2, c.p.*) quando l’atto di nascita sia stato formato validamente all’estero nel rispetto della legge del Paese dove il bambino è nato (principio già affermato da Trib. Milano, Sez. V pen., sentenza del 15 ottobre 2013 e Trib. Milano, sentenza dell’8 aprile 2014), ma ha altresì escluso che la condotta di chi rende dichiarazioni mendaci sull’identità, lo stato o altre qualità del minore, in epoca successiva alla formazione dell’atto di nascita, per ottenerne il riconoscimento in Italia, possa integrare il meno grave reato di falsa attestazione o dichiarazione su qualità personali (*ex art. 495, co. 2, n. 1, c.p.*). Secondo il Tribunale, infatti, tale condotta non può cagionare alcun nocumento al bene giuridico tutelato dalla norma penale perché, a seguito delle pronunce della Corte EDU nei casi *Mennesson e Labassee*, lo Stato è in ogni caso tenuto a riconoscere valore giuridico al rapporto di parentela, validamente formatosi in un Paese estero, tra l’uomo e la donna che hanno fatto ricorso alla maternità surrogata e il nato da tale pratica. Cfr. a commento T. TRINCHERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni al pubblico ufficiale su qualità personali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1/2015.

¹² Cfr. Corte di cass., sez. V, sentenza del 5 aprile 2016, n. 13525. Nello stesso senso cfr. anche Corte di cass., sez. VI, sentenza del 17 novembre 2016, n. 48696 e Corte di cass., sez. VI, sentenza del 11 novembre 2015, n. 8060.

¹³ CGUE, sentenza del 18 marzo 2014, cause C-167/12 e C-363/12, ha ritenuto infondata la pretesa della madre committente di fruire dei congedi per maternità ed allattamento, ai sensi della direttiva CE 92/85. Cfr. a commento A. MATTEI, M. TOMASI, *Corte di giustizia UE e maternità surrogata: congedo lavorativo retribuito fra margine di apprezzamento, coerenza e non discriminazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3/2014.

¹⁴ Attualmente Comitato direttivo di bioetica del Consiglio d’Europa.

istituto deve utilizzare le tecniche di procreazione artificiale per il concepimento di un figlio che sarà portato in gestazione da una madre surrogata» e nessun contratto tra madre surrogata e aspiranti genitori potrà essere dedotto in giudizio. «Tuttavia, gli Stati possono, *in casi eccezionali* stabiliti dal loro diritto nazionale», consentire la fecondazione di una madre surrogata, purché siano rispettate determinate condizioni: la gestante non deve trarre alcun vantaggio materiale (i.e. compenso) dalla pratica e deve poter scegliere alla nascita di tenere con sé il bambino.

I principi espressi dal Comitato sono, tuttavia, privi di vincolatività per gli Stati membri del Consiglio d'Europa, trattandosi, appunto, di strumenti di *soft law*. Non a caso, da un'analisi di diritto comparato emerge una disciplina piuttosto eterogenea in materia: la maternità surrogata risulta vietata espressamente in 15 Stati (tra i quali Austria, Francia, Germania, Italia, Spagna e Svizzera); in altri Paesi non sussiste una normativa specifica volta a regolare la pratica, ma essa risulta comunque vietata in forza di disposizioni generali, o non tollerata nella prassi; alcuni Stati, invece, la autorizzano, seppur nel rispetto di specifiche condizioni previste dalla legge, quali *in primis* la gratuità (tra questi Belgio, Danimarca, Grecia, Irlanda, Olanda, Regno Unito e Repubblica Ceca); altri, infine, la consentono anche se attuata in forma commerciale (Georgia, Russia e Ucraina)¹⁵.

Con una risoluzione del dicembre 2016¹⁶ il Parlamento europeo ha condannato la pratica perché ritenuta pregiudizievole per la dignità della donna, mentre l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha, da ultimo, respinto¹⁷ la raccomandazione proposta dalla parlamentare belga De Sutter, con la quale si richiedeva al Comitato dei ministri l'elaborazione di Linee guida «in difesa dei diritti dei bambini» nati da maternità surrogata, nella probabile convinzione che detta iniziativa potesse favorire la legalizzazione della pratica¹⁸.

3. L'attivismo della seconda sezione e l'interpretazione ampia di "vita familiare".

¹⁵ In Olanda la surrogazione "altruistica" appare autorizzata sulla base di atti regolamentari ministeriali e di linee guida delle competenti società scientifiche, ma non ci sono norme di legge che regolino i profili civilistici della questione; è, comunque, penalmente sanzionata la surrogazione dietro compenso. In alcuni Paesi, invece, esistono società specializzate, con finalità di lucro, di intermediazione tra le parti interessate (i.e. Georgia, Russia, Ucraina). Si ricorda, infine, che anche negli USA molti Stati autorizzano la gestazione per conto di terzi in forma commerciale, così come in India, Nepal e Messico. In California, Ucraina e India è molto "fiorente" il mercato della *surrogacy*. In dottrina cfr. Hague Conference on Private International Law, *A preliminary report on the issues arising from international surrogacy*, 10 marzo 2012, 9 ss.; K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level*, Oxford, 2012; M. WELLS-GRECO, *The status of children arising from inter-country surrogacy arrangements*, The Hague, 2015; G. LUCCIOLI, *Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata*, in *ConsultOnline*, n. 2/2017.

¹⁶ Risoluzione del Parlamento europeo 2016/2009 del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015, § 82: «condanna qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali».

¹⁷ In data 11 ottobre 2016 la proposta è stata respinta con 83 voti contrari (mentre i favorevoli erano 77 e gli astenuti 7). Per essere approvato il rapporto avrebbe dovuto raccogliere il sostegno dei due terzi dei votanti.

¹⁸ Il 2 febbraio 2016 a Parigi alcune organizzazioni a difesa dei diritti umani, nonché esponenti politici e della comunità scientifica hanno votato un documento, la Carta di Parigi, diretto a proporre a tutti gli Stati europei di vietare la maternità surrogata, in quanto pratica contraria alla dignità e ai diritti delle donne e dei minori. Anche in Italia alcune associazioni impegnate nella tutela dei diritti umani hanno formalizzato e sottoscritto il 23 marzo 2017 una istanza alle Nazioni Unite affinché provveda a raccomandare il divieto di ricorrere a tale pratica ritenuta lesiva dei diritti umani.

Nell'ambito di questo complesso quadro normativo e giurisprudenziale si colloca la vicenda dei coniugi Paradiso e Campanelli: due cittadini italiani che, dinanzi al fallimento in Italia delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, avevano fatto ricorso in Russia alla procedura di maternità surrogata al fine di realizzare il proprio progetto genitoriale.

Il piccolo T. nasceva in Russia il 27 gennaio 2011 ed ivi veniva iscritto nei registri dello stato civile come figlio dei coniugi Campanelli. Al ritorno in Italia con il bambino, i ricorrenti chiedevano la trascrizione del certificato di nascita nel registro dello stato civile del Comune di residenza, ma si vedevano rifiutare la richiesta: il Consolato italiano a Mosca aveva trasmesso gli atti sia al Tribunale dei minori competente per territorio (i.e. Campobasso) sia al Comune, ritenendo che il certificato contenesse dati falsi. Veniva, così, aperto un procedimento penale a carico dei signori Campanelli, sospettati di aver dichiarato il falso dello stato civile, usato documenti falsificati ed aver violato le leggi sull'adozione; al contempo, il Tribunale dei minori iniziava un procedimento per la dichiarazione dello stato di abbandono ed adottabilità del minore. Secondo i coniugi la clinica russa avrebbe dovuto impiegare i gameti del Sig. Campanelli ma, a seguito del test del DNA disposto dal Tribunale dei minori, veniva accertata l'assenza di qualsiasi legame genetico tra il piccolo ed entrambi i ricorrenti.

In mancanza di legame biologico veniva ordinato l'immediato allontanamento del minore dalla coppia e la sua collocazione presso i servizi sociali fino a quando, nel gennaio 2013, veniva dato in affidamento preadottivo ad una nuova famiglia.

Falliti i ricorsi interni avverso la decisione del Tribunale dei minori e contro il rifiuto di trascrizione dell'atto di nascita russo, i signori Campanelli decidevano di esperire la via convenzionale per veder accertata la violazione del loro diritto al rispetto della vita privata e familiare *ex art. 8 CEDU*¹⁹.

La doglianza concernente il rifiuto di trascrizione ed il mancato riconoscimento giuridico in Italia del rapporto di parentela viene dichiarata irricevibile a Strasburgo per mancato esaurimento dei rimedi interni, non essendo stato proposto ricorso in Cassazione avverso la decisione della Corte di Appello che aveva rigettato la richiesta dei coniugi.

La sezione si sofferma, invece, sulla censura relativa all'allontanamento del minore dai ricorrenti come ingerenza incompatibile con l'art. 8 CEDU.

Lo snodo fondamentale della sentenza consta nell'accertamento dell'esistenza di una "vita familiare *de facto*" tra i ricorrenti ed il minore, tutelabile alla stregua del sistema convenzionale, a prescindere da qualsivoglia legame genetico e dalla durata, anche breve, della loro convivenza²⁰: ciò che conta è soltanto l'essersi comportati come genitori e l'aver condiviso con il minore i primi mesi, le prime tappe importanti della sua giovane vita.

Ritenuto applicabile l'art. 8 CEDU nella sua dimensione di garanzia dell'"unità familiare", è gioco facile per la sezione affermare che l'allontanamento del minore dalla coppia costituisca una misura non "necessaria in una società democratica".

¹⁹ I ricorrenti avevano, altresì, lamentato dinanzi alla Corte EDU in nome del minore l'impossibilità di ottenere il riconoscimento della filiazione stabilita all'estero e l'illegittimità delle misure di allontanamento ed affidamento ai servizi sociali disposte dai giudici italiani. La sezione aveva, tuttavia, escluso la loro legittimazione ad agire per conto del bambino, perché privi di qualsivoglia titolo giuridico per rappresentarne gli interessi in giudizio, non essendo né genitori biologici, né adottivi o affidatari (§ 49-50), pertanto, il ricorso veniva rigettato *in parte qua*.

²⁰ Sul punto sia consentito un rinvio a C. MASCIOTTA, *L'allontanamento del minore come extrema ratio anche in caso di maternità surrogata: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per violazione della vita familiare*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015, 6 ss.

Le autorità italiane non avrebbero compiuto un corretto bilanciamento fra l'esigenza di tutela dei diritti dei privati e gli interessi generali perseguiti dallo Stato, negando il giusto peso al preminente interesse del minore.

Dopo aver riconosciuto un ampio margine di apprezzamento spettante agli Stati in materie sensibili come quella in oggetto (§ 74), di converso la Corte svolge una valutazione molto pervasiva sulla proporzionalità della ingerenza, valutazione che sembra andare oltre i canoni del giudizio di non manifesta irragionevolezza.

I giudici italiani avevano, infatti, disposto le misure dell'allontanamento e della messa sotto tutela del bambino, perché ritenuto privo di un ambiente familiare adeguato e con l'obiettivo di porre fine ad una situazione di illegalità. Portando il minore in Italia e facendo credere che fosse loro figlio, i ricorrenti avevano violato la legge sull'adozione internazionale e sulla procreazione assistita: si poteva, pertanto, dubitare della loro capacità affettiva ed educativa.

La sezione, tuttavia, ritiene che «il riferimento all'ordine pubblico non può essere preso come carta bianca che giustifichi qualsiasi misura, in quanto l'obbligo di tenere in considerazione l'interesse superiore del minore incombe allo Stato indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo»²¹.

Le molteplici ragioni addotte dalle autorità italiane non sono ritenute sufficienti a giustificare le misure di ingerenza adottate, pertanto, la seconda sezione dichiara la violazione dell'art. 8 CEDU in relazione alla vita privata e familiare dei ricorrenti.

La decisione del 27 gennaio 2015 rientra a pieno titolo in quella giurisprudenza convenzionale "pionieristica" che, partendo dal dato sociale, aggiunge un importante tassello nell'ampio dibattito concernente le nuove forme di genitorialità e di famiglia, giungendo a "giuridicizzare" nuovi interessi ritenuti meritevoli di tutela.

Ciò che rileva ai fini dell'accertamento di una relazione familiare *de facto*, suscettibile di tutela a norma dell'articolo 8 CEDU, è soltanto che i coniugi abbiano trascorso con il minore le prime tappe importanti della sua vita (i.e. due mesi in Russia dopo la nascita e successivamente sei mesi in Italia) e si siano comportati nei suoi confronti come dei genitori «*anche se per un periodo relativamente breve*», pur in mancanza di qualsivoglia legame genetico ed a prescindere dalla liceità delle circostanze caratterizzanti il fatto procreativo.

Una lettura così ampia dell'art. 8 CEDU può determinare considerevoli ripercussioni sugli ordinamenti interni degli Stati contraenti: l'interpretazione evolutiva della Convenzione, spinta fino agli eccessi di un'incontrollata forza espansiva, può portare ad includere nel concetto di "vita familiare" non soltanto relazioni interpersonali *de facto*, prive di riconoscimento legale e di breve durata ma, soprattutto, costituite *contra ius* secondo lo Stato convenuto a Strasburgo²².

Imponendo ai giudici nazionali di valutare l'allontanamento del minore come misura estrema anche in caso di legami brevi nati illegalmente da gestazione surrogata, la sezione sembra superare l'ampio margine di discrezionalità spettante agli Stati in ordine alla scelta di non riconoscere alcun effetto giuridico a tale pratica.

²¹ Corte europea dei diritti umani, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, ricorso n. 25358/12, sentenza del 27 Gennaio 2015, § 80: «*In the Court's opinion, the reference to public order could not, however, be considered as giving carte blanche for any measure, since the State had an obligation to take the child's best interests into account irrespective of the nature of the parental link, genetic or otherwise*».

²² Cfr. al riguardo, eventualmente, C. MASCIOTTA, *L'allontanamento del minore come extrema ratio anche in caso di maternità surrogata: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per violazione della vita familiare*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015, 7 e 13.

Se è vero che i giudici di Strasburgo non si pronunciano sulla legittimità o meno del ricorso alla gestazione per conto di terzi, del pari, essi riconoscono, di fatto, effetti giuridici alla procedura vietata dal legislatore italiano e circoscrivono notevolmente la portata del divieto nazionale là dove, dal dispositivo di condanna, discende un obbligo per le autorità interne di tutelare i legami di fatto, anche brevi, sorti in violazione del divieto stesso²³.

4. La Grande Camera pone un freno: non di sola vita familiare.

La *Grand Chambre* ha messo la parola “fine” alla tragica vicenda dei coniugi Campanelli, con una sentenza che segna un “nuovo inizio” nella regolazione giuridica dei rapporti sorti dalla pratica in esame e pone un freno all’interpretazione evolutiva dell’art. 8 Cedu.

Consapevole delle ripercussioni sistemiche che una condanna da Strasburgo alle autorità nazionali avrebbe comportato, il Supremo Consesso supera il precedente della sezione, scardinandone i punti nodali e riprendendo alcune considerazioni espresse dai giudici Raimondi e Spano nella opinione dissenziente allegata alla decisione della sezione²⁴.

Due i profili essenziali oggetto del *revirement* convenzionale: la configurabilità di una “vita familiare” *de facto* suscettibile di rientrare nell’ambito applicativo dell’art. 8 CEDU e la valutazione di proporzionalità della misura di ingerenza statale.

In ordine alla vita familiare, secondo la Corte, occorre considerare la qualità delle reciproche relazioni, il ruolo giocato dai ricorrenti e la durata della coabitazione²⁵.

Si innesta, così, un primo fattore di criticità nell’*iter* logico argomentativo della decisione: resta particolarmente vago ed indeterminato il rapporto fra i parametri indicati, qualità *versus* quantità.

Rispetto alla natura dei legami ed al ruolo assunto dai coniugi Campanelli verso il minore, il vaglio convenzionale è pienamente positivo: «*The Court considers that the applicants had developed a parental project and had assumed their role as parents vis-à-vis the child [...] They had forged close emotional bonds with him in the first stages of his life...*» (§ 151)²⁶.

Maggiori problemi sorgono, invece, rispetto al fattore temporale: una relazione familiare *de facto* può sussistere anche in assenza di legami biologici con il minore ed in mancanza di un rapporto di filiazione giuridicamente riconosciuto, a condizione che vi siano legami affettivi stretti ed avuto

²³ Per una diversa opinione sul punto cfr. M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in *BioLaw Journal*, n. 2/2015, 15 ss.

²⁴ Corte europea dei diritti umani, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, ricorso n. 25358/12, sentenza del 27 Gennaio 2015, *Joint partly dissenting opinion of judges Raimondi and Spano*, § 3.

²⁵ Corte europea dei diritti umani [GC], *Paradiso and Campanelli v. Italy*, ricorso n. 25358/12, sentenza del 24 gennaio 2017, § 151: «*It is therefore necessary, in the instant case, to consider the quality of the ties, the role played by the applicants vis-à-vis the child and the duration of the cohabitation between them and the child*». La Grande Camera ha, poi, premura di spiegare le particolarità del caso di specie rispetto ai propri precedenti in materia: diversamente dalle vicende *Mennesson e Labassee*, è in gioco una surrogazione di maternità non “tradizionale”, poiché non è stato impiegato il materiale biologico di alcuno dei due ricorrenti e ad essere censurata è la separazione definitiva del minore dai ricorrenti (non il mancato riconoscimento della filiazione); infine, a differenza dei casi francesi, non è in gioco l’interesse del minore alla tutela della propria identità, dato che i coniugi Campanelli non hanno legittimazione ad agire per suo conto.

²⁶ Merita rilevare che nella *concurring opinion* dei giudici De Gaetano, Pinto De Albuquerque, Wojtyczek e Dedov, l’esistenza di un progetto genitoriale da parte dei coniugi non rappresenterebbe un argomento a loro favore, ma dimostrerebbe, al contrario, la loro premeditazione nella condotta volta ad aggirare la legge nazionale e costituirebbe, quindi, una “circostanza aggravante” (§ 4).

riguardo al tempo trascorso insieme. Così è accaduto nel caso *Moretti e Benedetti*, nel quale i ricorrenti si sono comportati come genitori del bambino per ben diciannove mesi²⁷, nonché nella vicenda *Kopf e Liberda*²⁸, ove la famiglia affidataria si è presa cura del minore per quarantasei mesi; o, ancora, nella causa *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*²⁹, là dove i legami affettivi di fatto si sono protratti per più di dieci anni.

Ecco allora che uno dei cardini della decisione sull'*an* della “vita familiare” diviene la durata della coabitazione: nonostante la proclamata inopportunità di definire un “tempo minimo” di convivenza³⁰, convenzionalmente necessario *ex art. 8 CEDU*, l'elemento temporale è poi definito un “*key factor*” per il riconoscimento di una relazione familiare³¹. Neppure l'iniziale convinzione del Sig. Campanelli di essere il padre biologico può «compensare la breve durata del periodo in cui ha vissuto insieme al minore»³².

Nel caso di specie, pertanto, il Supremo Consesso si discosta dalla tradizionale concezione fattuale di “vita familiare”, incardinata sul requisito “qualitativo” della relazione³³, per privilegiare la durata della convivenza: una volta riconosciuti «stretti legami affettivi»³⁴, tuttavia, la Corte avrebbe dovuto spiegare in modo stringente i motivi per cui in questo caso, diversamente dai

²⁷ Corte europea dei diritti umani, *Moretti and Benedetti v. Italia*, ricorso n. 16318/07, sentenza del 27 Aprile 2010, § 48.

²⁸ Corte europea dei diritti umani, *Kopf and Liberda v. Austria*, ricorso n. 1598/06, sentenza del 17 Gennaio 2012, § 37.

²⁹ Corte europea dei diritti umani, *Wagner and J.M.W.L. v. Lussemburgo*, ricorso n. 76240/01, sentenza del 28 Giugno 2007, § 117.

³⁰ Corte europea dei diritti umani [GC], *Paradiso and Campanelli v. Italy*, ricorso n. 25358/12, sentenza del 24 gennaio 2017, § 153: «*It would be inappropriate to define a minimal duration of shared life which would be necessary to constitute de facto family life*».

³¹ Come dimostrano i casi *Wagner and J.M.W.L. v. Lussemburgo*, § 117 e *Nazarenko v. Russia*, § 58, richiamati dalla Grande Camera. In dottrina, esprime forti criticità rispetto al rilievo dato dalla Grande Camera alla durata della convivenza tra i ricorrenti e il minore M. GERVASI, *Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso “Paradiso et Campanelli”*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2017, 4 ss.

³² Corte europea dei diritti umani [GC], *Paradiso and Campanelli v. Italy*, ricorso n. 25358/12, sentenza del 24 gennaio 2017, § 155: «*As to the second applicant's argument that he had been persuaded that he was the child's biological father, given that his seminal fluid had been handed over to the clinic, the Court considers that that belief – which was proved to be unfounded in August 2011 by the result of the DNA test – cannot compensate for the short duration of the period in which he lived together with the child (see, a contrario, Nazarenko, cited above, § 58) and does not therefore suffice to establish a de facto family life*». A tale statuizione la Grande Camera aggiunge un'ulteriore precisazione: anche se la convivenza con il minore nel caso *Paradiso e Campanelli* ha avuto una durata maggiore rispetto alla causa *D. e altri c. Belgio* (di soli due mesi), tuttavia, in quella fattispecie di maternità surrogata esisteva un legame genetico con almeno uno dei due ricorrenti tale da consentire il riconoscimento di una vita familiare. La durata della coabitazione diviene, quindi, un elemento chiave soltanto in mancanza di qualsiasi legame genetico tra il minore ed i due *intended parents*.

³³ Evidenziano l'importanza e preminenza dell'effettività dei legami affettivi per la nozione di vita familiare *ex art. 8 CEDU*, *ex multis*, C. PITEA, L. TOMASI, *Articolo 8*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e dei popoli*, Padova, 2012, 297 ss.; B. RAINEY, E. WICKS, C. OVEY, *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014, 335 ss.; W. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, 2015, 389 ss.

³⁴ Corte europea dei diritti umani [GC], *Paradiso and Campanelli v. Italy*, ricorso n. 25358/12, sentenza del 24 gennaio 2017, § 151: «*They had forged close emotional bonds with him in the first stages of his life, the strength of which was, moreover, clear from the report drawn up by the team of social workers following a request by the Minors Court (see paragraph 25 above)*».

precedenti in materia, la qualità del rapporto non è da sola sufficiente ad integrare un nucleo familiare *ex art. 8 CEDU* e perché il fattore tempo assume un ruolo preminente nella fattispecie.

A ben vedere, il mero dato temporale ha un dubbio rilievo autonomo e può divenire dirimente soltanto se accostato ad un altro elemento cardine, non sufficientemente valorizzato in motivazione: l'*incertezza giuridica* della relazione instaurata con il minore, discendente dalla condotta illecita dei ricorrenti³⁵. I coniugi hanno, infatti, agito in consapevole dispregio di importanti leggi italiane e le autorità nazionali hanno reagito tempestivamente alla situazione di fatto. Per giustificare l'esclusione di una "*family life*", nonostante l'esistenza di legami stretti tra adulto e minore, l'elemento realmente dirimente, a detta di chi scrive, è l'origine illecita del fatto procreativo e, soprattutto, la carenza di un *legittimo affidamento* degli interessati nella *stabilità della situazione di fatto* esistente.

L'affidamento non può certamente dirsi legittimo se discendente dalla violazione consapevole ed intenzionale di un divieto legislativo, penalmente sanzionato, a maggior ragione se le autorità sono intervenute tempestivamente per rimuovere le conseguenze dell'illecito. L'aspettativa di stabilità della relazione diminuisce ancor più nei casi di maternità surrogata in cui manchi qualsiasi legame genetico tra il nato e gli *intended parents*³⁶: nella vicenda dei coniugi Campanelli il legame interpersonale era, dunque, privo di stabilità fin dalle origini e la cessazione del rapporto con il minore era altamente prevedibile.

La pronuncia della Grande Camera cerca di tracciare una via nel fumoso labirinto delle relazioni familiari figlie delle nuove tecniche riproduttive, ma non sembra immune da rilievi critici: in primo luogo, non è chiaro quale sia il rapporto fra i diversi parametri enunciati (i.e. qualità della relazione, legame biologico, durata e incertezza giuridica del rapporto) per poter continuare a parlare di "*de facto family life*"; inoltre, la Corte definisce *key factor* un elemento indubbiamente importante come la durata della relazione, ma insuscettibile di rilievo autonomo nel contemperamento con la qualità dei legami affettivi.

In conclusione, sarebbe stato probabilmente più opportuno *subordinare* il rilievo della breve durata all'origine illecita della relazione cosicché, in mancanza di quest'ultima, si sarebbe potuto con ogni probabilità parlare di "vita familiare" a prescindere dal fattore temporale, sulla base dei soli elementi qualitativi del rapporto.

Analizzato l'intero percorso argomentativo della decisione non convincono, invece, i rilievi critici mossi da una parte della dottrina circa il pericolo di una "marginalizzazione" della nozione di vita familiare di fatto³⁷, a causa dell'eccessiva importanza attribuita dalla Grande Camera all'assenza di un legame genetico e giuridico tra i ricorrenti e il minore per verificare la sussistenza di una *de facto family life*. Viceversa, ad un'attenta lettura, la Corte non attribuisce valore pregnante

³⁵ Corte europea dei diritti umani [GC], *Paradiso and Campanelli v. Italy*, ricorso n. 25358/12, sentenza del 24 gennaio 2017, §156: «*Although the termination of their relationship with the child is not directly imputable to the applicants in the present case, it is nonetheless the consequence of the legal uncertainty that they themselves created in respect of the ties in question, by engaging in conduct that was contrary to Italian law and by coming to settle in Italy with the child*».

³⁶ Diversamente dai casi *Mennesson e Labasse v. Francia* e *D. v. Belgio* in cui sussisteva un legame genetico con il padre committente, come evidenzia anche C. HONORATI, *Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di "vita familiare" e ribalta la sentenza precedente*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2 marzo 2017.

³⁷ Cfr. in tal senso M. GERVASI, *Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso "Paradiso et Campanelli"*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2017, 5 ss.

all'elemento genetico³⁸: ciò che influisce sulla esistenza di un nucleo familiare è la stretta correlazione tra l'assenza di un legittimo affidamento sulla stabilità del rapporto e tutti gli altri elementi del caso concreto, tra i quali rientra *anche*, ma non soltanto, l'assenza di un legame genetico (insieme alla qualità della relazione e alla sua durata). Peraltro, è importante distinguere la situazione di fatto dei coniugi Campanelli, frutto di una condotta *contra ius* (i.e. maternità surrogata a fini commerciali), sanzionata penalmente dall'ordinamento giuridico italiano perché lesiva di valori fondamentali come la dignità della persona e quelle relazioni che, viceversa, si trovano in un "limbo giuridico", perché nascono e si sviluppano nel silenzio della legge, non riconosciute come "familiari", ma neppure vietate espressamente³⁹.

L'esito della sentenza della *Grand Chambre* non è di "marginalizzare" la nozione di vita familiare di fatto⁴⁰, ma semplicemente di "circoscriverne" la portata mediante un'operazione di bilanciamento fra interessi confliggenti, perché non qualsiasi aspirazione, o desiderio dell'adulto può rientrare nella sfera della *de facto family life*.

La Grande Camera ritiene comunque applicabile l'art. 8 CEDU nella diversa accezione della "*private life*" dei ricorrenti: entrano in gioco il rispetto del loro progetto di vita genitoriale e la loro realizzazione personale attraverso il ruolo di genitori, nonché l'identità personale del Sig. Campanelli. Come vedremo, la decisione di inquadrare l'ingerenza nella "vita privata" dei ricorrenti, piuttosto che nell'ambito di una unione familiare è un punto focale della sentenza, poiché mette fuori gioco l'equivalenza *best interests of the child* - separazione del minore come *extrema ratio*.

Sezione e *Grand Chambre* sono concordi nel ritenere che l'allontanamento definitivo dalla coppia e l'affido familiare siano ingerenze previste dalla legge in funzione di un duplice legittimo scopo: la "difesa dell'ordine" e la protezione dei "diritti e delle libertà" del minore. Secondo la Grande Camera, infatti, è pienamente legittima, *ex art. 8 § 2 CEDU*, la «volontà delle autorità italiane di riaffermare la competenza esclusiva dello Stato per riconoscere un legame di filiazione – e ciò unicamente in caso di legame biologico o di adozione regolare – allo scopo di tutelare i minori»⁴¹.

Superato il vaglio di pertinenza e sufficienza dei motivi addotti, la Corte svolge il controllo sulla proporzionalità delle misure: occorre verificare se le autorità nazionali, nell'ambito dell'ampio

³⁸ Lo sottolinea anche la Corte di appello di Trento, sez. I, sentenza del 23 febbraio 2017, su cui cfr. nota 7, là dove afferma: «[...]considerato che il mancato riconoscimento nella fattispecie da parte della Corte di Strasburgo dell'esistenza di una "vita familiare" fra i due ricorrenti ed il minore (al fine della verifica della fondatezza della dedotta lesione del diritto dei ricorrenti alla vita privata e familiare, garantito dal detto articolo, ad opera della decisione delle autorità italiane che hanno portato all'allontanamento definitivo del minore) non è stata certamente fondata sul mero rilievo dell'assenza di legame biologico, ma ha tenuto conto della breve durata della relazione con il minore e della precarietà dei legami dal punto di vista giuridico determinata dalla condotta contraria al diritto italiano tenuta da ricorrenti nel fare ingresso in Italia con il bambino».

³⁹ Come accaduto nei casi *Kopf, Moretti e Benedetti* e *Wagner* nei quali la relazione tra adulti e minore era, rispettivamente, riconosciuta dalle autorità nazionali o, comunque, tollerata perché frutto di una condotta non penalmente sanzionata.

⁴⁰ Come afferma M. GERVASI, *Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso "Paradiso et Campanelli"*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2017, 6 ss.

⁴¹ Corte europea dei diritti umani [GC], *Paradiso and Campanelli v. Italy*, ricorso n. 25358/12, sentenza del 24 gennaio 2017, § 177: «The Court regards as legitimate under Article 8 § 2 the Italian authorities' wish to reaffirm the State's exclusive competence to recognise a legal parent-child relationship – and this solely in the case of a biological tie or lawful adoption – with a view to protecting children».

marginale di apprezzamento loro spettante in una materia eticamente sensibile, abbiano assicurato un giusto equilibrio tra gli interessi pubblici e privati coinvolti.

Interviene, così, il secondo profilo oggetto del *revirement* convenzionale: il giudizio sulla proporzionalità dell'ingerenza nella vita privata dei ricorrenti.

In nome di "importanti" interessi generali, i giudici nazionali hanno posto fine ad una situazione di illegalità, discendente dalla violazione della legge sull'adozione⁴² e del divieto di ricorrere ad accordi di gestazione per conto di terzi, prescrizioni poste a tutela delle donne e dei minori coinvolti nella pratica⁴³.

Gli interessi del minore, inoltre, non sono stati valutati in modo "automatico e stereotipato" dai tribunali nazionali: questi hanno svolto un giudizio sulla specifica fattispecie, valutando l'impatto concreto della separazione sul minore ed hanno concluso che non ne sarebbe derivato un danno grave e irreparabile a suo carico, "tenuto conto della sua tenera età e del breve periodo trascorso insieme"⁴⁴.

Attraverso la tecnica del *distinguishing* la Grande Camera evidenzia che, contrariamente a quanto affermato dalla sezione, nel caso di specie non opera in via prioritaria la regola dell'allontanamento del minore come *extrema ratio*⁴⁵, poiché non è in gioco la tutela dell'unità familiare ed il presumibile interesse del minore a mantenere la relazione affettiva, bensì la sola *private life* dei ricorrenti.

Dinanzi alla delicata questione se consentire ai coniugi di proseguire la loro relazione con il bambino, *in tal modo legalizzando la loro condotta illecita*⁴⁶, o, viceversa, affidare il minore ad una famiglia nel rispetto della legge sull'adozione, le autorità nazionali hanno attribuito poca importanza all'impatto della separazione rispetto alla vita privata dei ricorrenti, dando maggior peso alla loro condotta illecita, alla consapevole precarietà della relazione instaurata con il minore, dubitando anche delle loro reali capacità affettive ed educative, nonché dell'esistenza di un sentimento di solidarietà umana nei ricorrenti.

In conclusione, la Grande Camera condivide il ragionamento dei tribunali italiani sulla proporzionalità dell'ingerenza: una volta escluso un pregiudizio grave e irreparabile per il minore, l'interesse pubblico in gioco, volto a ripristinare la legalità violata con l'adozione di misure urgenti a tutela del minore «*weigh heavily*», prevale sull'interesse dei ricorrenti a perseguire il proprio

⁴² Corte europea dei diritti umani [GC], *Paradiso and Campanelli v. Italy*, ricorso n. 25358/12, sentenza del 24 gennaio 2017, § 202: «*The Court accepts that, by prohibiting private adoption based on a contractual relationship between individuals and restricting the right of adoptive parents to introduce foreign minors into Italy to cases in which the rules on international adoption have been respected, the Italian legislature is seeking to protect children against illicit practices, some of which may amount to human trafficking*».

⁴³ Corte europea dei diritti umani [GC], *Paradiso and Campanelli v. Italy*, ricorso n. 25358/12, sentenza del 24 gennaio 2017, § 211: «*However, this has to be seen against the background of the illegality of the applicants' conduct and the fact that their relationship with the child was precarious from the very moment that they decided to take up residence with him in Italy*».

⁴⁴ Corte europea dei diritti umani [GC], *Paradiso and Campanelli v. Italy*, ricorso n. 25358/12, sentenza del 24 gennaio 2017, § 215: «*Given the child's young age and the short period spent with the applicants, the court did not agree with the psychologist's report submitted by the applicants, suggesting that the separation would have devastating consequences for the child*».

⁴⁵ Ovvero soltanto in caso di pericolo immediato per l'integrità fisica o psichica del minore.

⁴⁶ Corte europea dei diritti umani [GC], *Paradiso and Campanelli v. Italy*, ricorso n. 25358/12, sentenza del 24 gennaio 2017, § 215: «*Agreeing to let the child stay with the applicants, possibly with a view to becoming his adoptive parents, would have been tantamount to legalising the situation created by them in breach of important rules of Italian law*».

progetto genitoriale. Ecco, quindi, che l'illiceità della condotta, elemento non valorizzato nella definizione di "vita familiare", diviene il *key factor* nel giudizio sulla proporzionalità della misura statale: «*Agreeing to let the child stay with the applicants, possibly with a view to becoming his adoptive parents, would have been tantamount to legalising the situation created by them in breach of important rules of Italian law*» (§ 215).

Il percorso argomentativo seguito dalla seconda sezione e dalla Grande Camera nel giudizio di proporzionalità sulla ingerenza statale diverge in modo significativo: se la sezione aveva sostituito la propria valutazione sulla necessità delle misure censurate a quella delle autorità nazionali (che pur avevano argomentato ampiamente e ragionevolmente sul punto), circoscrivendo il proclamato margine di discrezionalità degli Stati in nome del principio dell'allontanamento del minore come *extrema ratio*⁴⁷, la Grande Camera, invece, ponendo al centro della valutazione di proporzionalità la *private life* dei ricorrenti, intraprende una strada diametralmente opposta.

A ben vedere, nell'*iter* logico della *Grand Chambre*, i due profili della esistenza di una relazione familiare di fatto e della proporzionalità della misura sono interdipendenti: l'assenza della prima consente al Supremo Consesso anche di escludere, nell'operazione di bilanciamento tra interessi pubblici e privati in gioco, l'applicazione del principio dell'allontanamento del minore come misura estrema, esperibile soltanto in caso di pericolo immediato e grave per il bambino.

In sostanza, escludendo l'esistenza di una "vita familiare" si mette fuori gioco anche l'interesse del minore alla conservazione della unità familiare, potendo, così, privilegiare l'interesse pubblico alla rimozione dell'illecito e svolgere un giudizio blando sulla proporzionalità dell'ingerenza statale.

La sentenza in oggetto, pur avendo posto la parola "fine" alla tragica vicenda dei Signori Campanelli, sembra rappresentare soltanto un "inizio" nella lunga serie di interventi che si prospettano da Strasburgo in tema di gestazione per conto di terzi: sia perché lascia dietro di sé una serie di interrogativi destinati ad inverarsi nella prassi sia perché il contesto normativo in questo settore sembra destinato a cambiare e, con esso, il progressivo *consensus* convenzionale.

È indubbio che la liceità della surrogazione di maternità resterà prerogativa nazionale, ma a mutare, con ogni probabilità, sarà la regolazione giuridica dei rapporti sorti *ab externo*, quando la pratica sia vietata nello Stato in cui si chiede il riconoscimento della filiazione.

Ad oggi ben tredici Paesi membri del Consiglio d'Europa consentono agli aspiranti genitori di ottenere il riconoscimento giuridico del rapporto legalmente costituito all'estero⁴⁸ e questo numero sembra destinato a crescere se, come è auspicabile, la disciplina di tali rapporti sarà oggetto di accordi internazionali, bilaterali o multilaterali.

Quale, dunque, l'impatto della pronuncia rispetto ai futuri casi di *surrogacy*?

⁴⁷ Sia consentito sul punto il rinvio a C. MASCIOTTA, *L'allontanamento del minore come extrema ratio anche in caso di maternità surrogata: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per violazione della vita familiare*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015, § 5.

⁴⁸ Tra questi vi è il Regno Unito, ove si è accordato il riconoscimento della filiazione con i genitori committenti anche in casi di surrogazione di maternità realizzata in un altro Paese a condizioni non ammissibili in patria. Sono stati, così, emessi *parental orders* non solo in caso di mancato rispetto dei termini procedurali previsti dalla normativa inglese, come in *X (A Child) (Surrogacy: Time Limit) [2014] EWHC 3135 (Fam)*, ma anche in ipotesi di pagamento di corrispettivi che non sarebbero ammessi dalla legislazione britannica, cfr. *Re X and Y (Foreign Surrogacy) [2008] EWHC 3030 (Fam)*; *Re X and Y (Parental Order: Retrospective Authorisation of Payments) [2011] EWHC 3147 (Fam)*; *J v G [2013] EWHC 1432 (Fam)*; *Re C (A Child) [2013] EWHC 2413 (Fam)*. In dottrina cfr. K. HORSEY, S. SHELDON, *Still hazy after all these years: the law regulating surrogacy*, in *Medical Law Review*, 2012, 67 ss.

Sono essenzialmente due le conseguenze che la Grande Camera lascia presagire nelle pieghe della sentenza: l'una incidente sulla nozione sostanziale di vita familiare, l'altra, invece, sulla necessità delle misure statali.

Nei futuri casi di gestazione surrogata compiuta all'estero in violazione di divieti nazionali, in mancanza di un legame genetico con gli *intended parents* e, quindi, di un legittimo affidamento sulla stabilità della relazione, la sussistenza di una *de facto family life* si giocherà interamente sul contemperamento tra "qualità" del rapporto e "durata" dello stesso che, con ogni probabilità, solo se superiore agli otto mesi della vicenda *Campanelli* porterà al riconoscimento di un nucleo familiare. Convince, pertanto, la considerazione della Corte di Appello di Trento⁴⁹, intervenuta in un recente caso di *surrogacy* nell'ambito di un rapporto di coppia fra due uomini, là dove esclude che il *decisum* della Grande Camera possa impedire il riconoscimento in Italia del provvedimento straniero che sancisce la genitorialità del padre sociale: in tal caso, infatti, pur mancando il legame genetico tra i minori e l'adulto, diviene dirimente, ai fini del riconoscimento, la durata del rapporto, superiore a sei anni.

Dalla decisione convenzionale è possibile trarre un'ulteriore importante considerazione: se ritenuto applicabile l'art. 8 CEDU nell'accezione di una "vita familiare *de facto*", il principio dell'allontanamento del minore come *extrema ratio* automaticamente prevarrà rispetto all'interesse pubblico alla cessazione dell'illecito, salvo i casi di manifesta irragionevolezza della conservazione dell'unità familiare⁵⁰.

In conclusione, dinanzi alla molteplicità dei rilievi che la gestazione per conto di terzi solleva nell'ordinamento giuridico, l'unico approdo sicuro in questa delicata materia resta e deve restare la valutazione in concreto, caso per caso, della miglior soluzione per uno sviluppo equilibrato del minore, onde evitare qualsiasi automatismo fra rilevanza penale del fatto procreativo ed interesse del minore medesimo⁵¹, mentre resta vivo l'auspicio di una regolazione internazionale pattizia della pratica e dei rapporti giuridici dalla stessa discendenti.

⁴⁹ Cfr. Corte di appello di Trento, sez. I, 23 febbraio 2017, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, n. 2/2017, I, 364 ss.

⁵⁰ Viceversa, se esclusa la vita familiare di fatto, sarà l'interesse pubblico alla rimozione dell'illecito a prevalere, in nome dell'ampio margine di apprezzamento statale esistente in materia di regolazione giuridica della maternità surrogata.

⁵¹ In tal senso si ricorda Corte Cost., 23 febbraio 2012, n. 31, in *Giur. It.*, 2012, marzo, 493, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 569 c.p., là dove prevedeva che la condanna per il delitto di alterazione di stato comportasse automaticamente la perdita della potestà genitoriale, senza consentire una valutazione in concreto dell'interesse del minore.